

INTERNATIONAL LAW,
THE INTERNATIONAL COURT
OF JUSTICE AND
NUCLEAR WEAPONS

EDITED BY
LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES
PHILIPPE SANDS

 **CAMBRIDGE**
UNIVERSITY PRESS

PUBLISHED BY THE PRESS SYNDICATE OF THE UNIVERSITY OF CAMBRIDGE
The Pitt Building, Trumpington Street, Cambridge CB2 1RP, United Kingdom

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS
The Edinburgh Building, Cambridge, CB2 2RU, UK <http://www.cup.cam.ac.uk>
40 West 20th Street, New York, NY 10011-4211, USA <http://www.cup.org>
10 Stamford Road, Oakleigh, Melbourne 3166, Australia

© Cambridge University Press 1999

This book is in copyright. Subject to statutory exception and to the provisions of relevant collective licensing agreements, no reproduction of any part may take place without the written permission of Cambridge University Press.

First published 1999

Printed in the United Kingdom at the University Press, Cambridge

Typeset in Minion by Wyvern 21, Bristol

A catalogue record for this book is available from the British Library

Library of Congress Cataloguing in Publication data

International law, the International Court of Justice and nuclear weapons/
edited by Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands.

p. cm.

Includes index.

ISBN 0 521 65242 1 (hc.). – ISBN 0 521 65480 7 (pbk.)

1. Nuclear weapons (International law) 2. International Court of Justice. I. Boisson de Chazournes, Laurence. II. Sands, Philippe.

1960–

KZ5665.I585 1999

341. 7'34 – dc21 98–44355 CIP

ISBN 0 521 65242 1 hardback

ISBN 0 521 65480 7 paperback

CONTENTS

<i>List of contributors</i>	page	xii
<i>Preface</i>		xv
<i>List of abbreviations</i>		xvii
<i>Table of treaties and other international acts</i>		xix
<i>Table of cases</i>		xxii
Introduction		
<i>Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands</i>		1

PART I
ACTORS, INSTITUTIONS AND THE INTERNATIONAL
COURT OF JUSTICE

1 Who are the addressees of the Opinions?	27
<i>Quels sont les destinataires des avis?</i>	28
<i>Jean Salmon</i>	
2 On discretion: reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice	36
<i>Georges Abi-Saab</i>	
3 ET and the International Court of Justice: reflections of an extra-terrestrial on the two Advisory Opinions	51
E.T. à la Cour Internationale de Justice: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs	52
<i>Jean-Pierre Queneudec</i>	

Contents

4	The jurisdiction and merits phases distinguished <i>Gavan Griffith and Christopher Staker</i>	59
5	Reflections on the principle of speciality revisited and the 'politicisation' of the specialized agencies Quelques réflexions sur le principe de spécialité et la 'politicisation' des institutions spécialisées <i>Pierre Klein</i>	78 79
6	Judicial review of the acts of international organisations <i>Elihu Lauterpacht</i>	92
7	The WHO request <i>Michael Bothe</i>	103
8	The WHO case: implications for specialised agencies <i>Virginia Leary</i>	112

PART II
SUBSTANTIVE ASPECTS

9	<i>Lotus</i> and the double structure of international legal argument <i>Ole Spiermann</i>	131
10	<i>Non liquet</i> and the incompleteness of international law <i>Daniel Bodansky</i>	153
11	Treaty and custom <i>Roger S. Clark</i>	171
12	Nuclear weapons and <i>jus cogens</i> : peremptory norms and justice pre-empted? <i>Jacob Werksman and Ruth Khalastchi</i>	181

Contents

13	The question of the law of neutrality La question du droit de la neutralité <i>Christian Dominicé</i>	199 200
14	The status of nuclear weapons in the light of the Court's Opinion of 8 July 1996 Le statut des armes nucléaires à la lumière de l'Avis de la CIJ du 8 juillet 1996 <i>Eric David</i>	209 210
15	International humanitarian law, or the exploration by the Court of a <i>terra</i> somewhat <i>incognita</i> to it Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une <i>terra</i> à peu près <i>incognita</i> pour elle <i>Luigi Condorelli</i>	228 229
16	<i>Jus ad bellum</i> and <i>jus in bello</i> in the <i>Nuclear Weapons</i> Advisory Opinion <i>Christopher Greenwood</i>	247
17	On the relationship between <i>jus ad bellum</i> and <i>jus in bello</i> in the General Assembly Advisory Opinion <i>Rein Müllerson</i>	267
18	Necessity and proportionality in <i>jus ad bellum</i> and <i>jus in bello</i> <i>Judith Gardam</i>	275
19	The notion of 'state survival' in international law <i>Marcelo G. Kohen</i>	293
20	The right to life and genocide: the Court and an international public policy <i>Vera Gowlland-Debbas</i>	315
21	Opening the door to the environment and to future generations <i>Edith Brown Weiss</i>	338

Contents

22	The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice	354
	<i>Le recours a l'arme nucléaire et la protection de l'environnement: l'apport de la Cour internationale de Justice</i>	355
	<i>Djamchid Momtaz</i>	
23	The Non-Proliferation Treaty and its future	375
	<i>Miguel Marin Bosch</i>	
24	The <i>Nuclear Weapons</i> Advisory Opinions: the Declarations and Separate and Dissenting Opinions	390
	<i>Hugh Thirlway</i>	
25	The perspective of Japanese international lawyers	435
	<i>Yasuhiro Shigeta</i>	

PART III

THE OPINIONS IN THEIR BROADER CONTEXT

26	Between the individual and the state: international law at a crossroads?	449
	<i>Pierre-Marie Dupuy</i>	
27	The <i>Nuclear Weapons</i> case	462
	<i>David Kennedy</i>	
28	The political consequences of the General Assembly Advisory Opinion	473
	<i>W. Michael Reisman</i>	
29	The silence of law/the voice of justice	488
	<i>Martti Koskenniemi</i>	
30	Fairness and the General Assembly Advisory Opinion	511
	<i>Thomas M. Franck</i>	

Contents

ANNEXES

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (request by the United Nations General Assembly), ICJ Advisory Opinion, 8 July 1996 (excluding Individual Declarations, Separate and Dissenting Opinions)	520
Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request of the World Health Organization), ICJ Advisory Opinion, 8 July 1996 (excluding Individual Declarations, Separate and Dissenting Opinions)	561
<i>Select bibliography</i>	581
<i>Index</i>	583

TABLE OF TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL ACTS

<p>1868 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight (St Petersburg Declaration) 173, 174, 176, 192, 193, 283, 454</p>	<p>Kellogg-Briand Pact 149</p>
<p>1899 Hague Convention concerning the Laws and Customs of War On Land 174, 247, 283, 462 Preamble (Martens Clause) 454</p>	<p>1933 Convention on the Rights and Duties of States 295–6</p>
<p>1907 Hague Convention No. IV on the Laws and Customs of War on Land 173, 174–5, 283, 455 Art. 23(a) 209, 260</p>	<p>1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 69n., 330–2, 334, 453, 455 Art. II (definition of genocide) 331n.</p>
<p>1919 Treaty of Versailles 340–1</p>	<p>Universal Declaration of Human Rights 319n., 323, 324, 386n.</p>
<p>Covenant of the League of Nations 37–41, 189, 295 Art. 14 37–8, 41, 438–9 Art. 15(8) 144 Art. 17 39</p>	<p>1949 Geneva Conventions 193, 194–6, 285, 321–2, 323, 324, 455</p>
<p>1925 Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare (Geneva Protocol) 173–4, 209, 260</p>	<p>Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces of the Field 193 Art. 46 194n. Art. 47 194n.</p>
<p>1928 General Act for the Pacific Settlement of International Disputes 396–7</p>	<p>Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick Members of the Armed Forces at Sea 193n., 194n., 320</p> <p>Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War 193n., 194n.–5n.</p> <p>Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Populations in Time of War 193n., 194n.–5n. Art. 32 321 Art. 147 195n., 322</p>

Table of treaties

1950		1969	
European Convention of Human Rights	329	Vienna Convention of the Law of Treaties	182, 185
Art. 1	323	Arts. 31–3	489
Art. 2	253n.	Art. 50	196–7
Art. 15	297n.	Art. 53	187–9
Art. 15(2)	253n., 319	Art. 64	188
1957		American Convention on Human Rights	
Treaty establishing the European Economic Community (Treaty of Rome)	94	Art. 4	253n., 319n.
		Art. 27	297n.
1959		1970	
Antarctic Treaty	376n.	Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations	176n.
1961		1971	
Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples	386n.	Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation	110
1963		Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor	449
Treaty banning Nuclear Weapons Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (Test Ban Treaty)	478–9	1972	
1966		Convention of the Prevention of Marine Pollution by the Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention)	348
International Covenant on Civil and Political Rights	322, 329	Declaration on the Environment, United Nations Conference on the Environment, Stockholm	178–80, 338, 339
Art. 2	321, 323	UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage	347
Art. 4	297, 318, 319	1973	
Art. 5	321n.	Convention of International Trade in Endangered Species	347
Art. 6	253–5, 318, 319, 320, 324, 325–6, 328, 330, 331	1977	
1967		Convention on the Prohibition of Military or Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD)	194n., 345
Treaty for Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America And the Caribbean (Treaty of Tlatelolco)	376n., 381, 449		
1968			
Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)			
Art. I	480		
Art. II	480		
Art. III	480		
Art. VI	2, 375, 379, 387, 388, 432, 433, 470		
Art. VIII.3	377n.		
Art. X.2	377n., 379		

Table of treaties

Protocol additional to the Geneva Convention relating to the Protection of Civilian Populations in Time of War (Convention IV) (Protocol I) (relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts)	193, 284, 285, 323, 329, 344–5, 354ff., 453	1987 Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer	347–8
Art. 1(2)	454	1989 Convention on the Rights of the Child	325
Art. 35(3)	345, 354	1990 Turku Declaration of Minimum Humanitarian Standards	325n.
Art. 51(4)(B)	284n.	1992 Declaration on Environment and Development, United Nations Conference, Rio	178, 179, 256, 346
Art. 55	345, 354	1993 Chemical Weapons Convention	260, 261
Art. 75	321	1995 Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon Free Zone (Bangkok Agreement)	376n.
Art. 85(2)(3)	322	1996 African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty (Pelindaba/Cairo Agreement)	376n.
1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter)	253n., 319n.	1997 Convention of the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses	341
1982 Convention on the Law of the Sea	93, 97, 146		
1985 South Pacific Nuclear Free Zone Treaty (Treaty of Raratonga)	376n., 449–50		
1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations	185		

TABLE OF CASES

- Admission of a State to Membership in the United Nations, Advisory Opinion (1948), 439
- Aegean Sea Continental Shelf (1978), 329n., 393n.
- Application of the Genocide Convention Practical Measures Order of 13th September 1993, Separate Opinion (1993), 95–6
- Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario (1937), 108n.
- Australia v. France (1974), 151n., 419n.
- Belgium v. Spain, Barcelona Traction, Light And Power Company Ltd (1970), 189n., 190, 319n., 394, 397n.
- Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro) (Provisional Measures). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1993, 1996), 298, 331, 489n.
- Canada v. United States, Maritime Delimitation of the Gulf of Maine Area (1984), 144n., 334n.
- Caroline* Incident (1938), 277, 482
- Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion (1962), 37, 42, 47n., 65n., 67n., 68n.
- Certain Norwegian Loans (1957), 392n.
- Constitution of the Maritime Safety Organisation Of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organisation, Advisory Opinion (1960), 68n., 71n., 93n.
- Continental Shelf (Tunisia/Libya) (1985), 70n, 394n.
- Corfu Channel (1986), 454, 464
- Cyprus v. Turkey, European Commission of Human Rights (1977), 256n., 323n.
- Denmark v. Norway, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (1993), 334n., 341–2, 350–1, 393n.
- France v. Switzerland, Free Zones (1930), 147n.
- France v. Turkey, Case of the SS *Lotus*, PCIJ (1927), 6, 21, 131–2ff., 142, 143, 145–6, 148–9, 164, 250, 252, 406, 426, 471
- Frontier Dispute (1986), 419n.
- German Settlers in Poland, Advisory Opinion (1923), 40
- Hungary v. Slovakia, the Gabčíkovo Project (Danube river) (1997), 343
- Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion (1980), 63n., 64n., 70–1, 115n., 403
- Interpretation of Certain Peace Treaties, Advisory Opinion (1950), 67n., 68n., 69n.
- Judgements of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO, Advisory Opinion (1956), 67n., 68n.
- L. Celiberti de Casariego v. Uruguay, United Nations Human Rights Committee (1997), 323n.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (1992), 393n.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion (1971), 60n.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request by the United Nations General Assembly for an Advisory Opinion) (1996) *see* Index under General Assembly Advisory Opinion
- Legality of the Use by a State of Nuclear

Table of cases

- Weapons In Armed Conflict (Request by the World Health Organisation for an Advisory Opinion)(1996) *see* Index under WHO Advisory Opinion
- Lockerbie (1992), 110, 488
- Loizidou v. Turkey, European Court of Human Rights (1995), 256n., 323n.
- Namibia, Advisory Opinion (1971), 60n., 66n., 67n., 68n., 71n., 96, 177n., 190
- Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion (1923), 144, 409
- Nauru v. Australia, Certain Phosphate Lands in Nauru (1992), 342
- New Zealand v. France, 1995 Nuclear Test (1995), 151n., 342–3, 351, 419n.
- Nicaragua v. United States, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (1986), 16, 109–10, 132–3, 134, 147n., 148n., 178, 191, 258, 278–9, 281, 285, 322, 452, 454, 455, 460, 474
- North Sea Continental Shelf cases (1969), 132n., 144n., 177n., 422, 423, 460
- Northern Cameroons (1964), 44–5, 46, 69n.
- Portugal v. Australia, Case Concerning East Timor (1995), 95n., 191, 397, 489
- The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a Dule, Yugoslav Tribunal, 335
- Reservations to the Genocide Convention, Advisory Opinion (1951), 67n., 68n.
- Sabbatino (1964), 158
- Shimoda v. The State, Tokyo District Court (1964), 436, 441
- South West Africa, ICJ Judgement (1966), 12, 21, 49, 170, 334n., 393n., 394n., 395n., 397
- Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion (1923), 18, 39, 40, 41, 45, 48, 60n., 68n., 71n., 112n.
- United Kingdom v. Norway, Fisheries (1951), 144
- United Kingdom v. Iceland, Fisheries Jurisdiction (1974), 393n.
- United States v. United Kingdom, North Atlantic Coast Fisheries (1910), 141
- Western Sahara, Advisory Opinion (1975), 37, 60n., 61n., 64, 67, 71n., 439, 463

WHO ARE THE ADDRESSEES
OF THE OPINIONS?

JEAN SALMON

ACCORDING TO the Statute of the ICJ the addressees of its judgments are states and the addressees of its Advisory Opinions are the institutions and organs which have requested the opinion. The reality is different, as the Court's reasoning in the two Opinions makes clear. Evidently, the principal addressees are the member states of the two organisations which requested the opinions. The Opinion given to the WHO – that the question posed does not fall within its jurisdiction – is of broader interest and is directed to all members of specialised agencies. The decisions and opinions of the Court also influence the evolution of general international law. In its Opinion to the General Assembly the Court indicated its clear desire to address arguments put by the different groups of states and to remind them of their obligations. The Opinions will also be read and discussed by legal professionals and by civil society. The presence of the latter in the mind of the Court is reflected in various parts of the Opinion given to the General Assembly.

QUELS SONT LES DESTINATAIRES DES AVIS?

APREMIÈRE vue, les destinataires d'un arrêt de la Cour internationale de Justice ne sont autres que les parties au litige et ceux d'un avis, l'organisation ou l'organe qui a demandé l'avis. C'est à ces réponses qu'invitent les dispositions du Statut de la Cour:

La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé (article 59 du Statut)

La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis (article 65 paragraphe 1 du Statut)

Toutefois la perception juridique des choses n'est qu'une apparence et, comme nous avons essayé de le montrer ailleurs,¹ l'auditoire de la Cour internationale de Justice est passablement plus large.

On peut s'en rendre compte en examinant les deux avis rendus le 8 juillet 1996 par la Cour internationale de Justice, le premier, à la requête de l'Assemblée mondiale de la Santé, à laquelle la Cour a répondu par un avis intitulé *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, le second à la requête de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, à laquelle la Cour a répondu par un avis intitulé *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.²

1 V. notre article 'L'auditoire de la Cour internationale de Justice: du bilatéral à l'universel', Universität des Saarlandes, Europa Institut, n° 350, 1996 (ci-dessous 'L'auditoire de la C.I.J.').

2 Pour la facilité de l'exposé nous nous référerons ci-dessous au premier avis sous le nom 'avis O.M.S.' et au second sous le nom 'avis Assemblée générale de l'ONU.'

Quels sont les destinataires des avis?

Dans les deux cas, il est sans doute incontestable que le destinataire premier des deux avis de la Cour était bien l'organe qui l'avait interrogée. Comme l'a exprimé la Cour dans l'avis Assemblée générale de l'ONU:

La finalité de la fonction consultative n'est pas de régler – du moins pas directement – des différends entre Etats, mais de donner des conseils d'ordre juridique aux organes et institutions qui en font la demande.³

Dans l'avis O.M.S. ceci est à ce point évident que la Cour s'est, en fin de compte, refusée à donner l'avis demandé – quelque soit l'intérêt des Etats membres de l'Organisation à ce qu'une réponse soit donnée à une question qui les divise – en concluant à son incompétence du fait que 'la demande d'avis consultatif présentée par l'O.M.S. ne porte pas sur une question qui se pose "dans le cadre de l'activité" de cette organisation conformément au paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte'.⁴ De même, dans l'avis Assemblée générale de l'O.N.U, la Cour a consacré plusieurs paragraphes pour s'assurer que l'Assemblée générale avait bien la compétence nécessaire pour requérir un tel avis et que la Cour n'avait pas d'autres motifs de refuser de répondre.⁵ Par treize voix contre une, elle a décidé de donner suite à la demande d'avis consultatif.

Ceci étant, la Cour doit motiver ses prononcés et, à la lecture de cette motivation, le lecteur se rend compte que l'auditoire de la Cour va bien au-delà de l'organe qui a demandé l'avis. S'agissant de l'avis O.M.S., quoique celui-ci ait affecté un caractère purement *procédural* – puisqu'il n'a pas abordé le fond de la question posée – on peut faire à ce sujet plusieurs constatations.

Tout d'abord, la Cour, pour conclure à l'incompétence de l'Assemblée mondiale de la Santé pour introduire la demande d'avis sur la question posée, a procédé à un raisonnement qui fait appel à un certain nombre de concepts ou principes juridiques généraux tels que le 'principe de spécialité' des organisations internationales,⁶ la théorie des 'pouvoirs implicites',⁷ le concept d'institution spécialisée⁸ et celui de 'système des Nations Unies',⁹ principes et concepts que la Cour interprète dans des

3 Avis A.G. ONU, par. 15.

4 Avis O.M.S., par. 31.

5 Avis A.G. ONU, par. 10 à 19.

6 Avis O.M.S., par. 25.

7 Avis O.M.S., par. 25.

8 Avis O.M.S., par. 26.

9 Avis O.M.S., par. 26.

attendus dont le style est déclaratif de droit, constatant le droit, tel qu'il existe aux yeux de la Cour. De tels prononcés n'ont pas, à l'évidence, pour seul destinataire l'Assemblée mondiale de la Santé. Ils s'adressent d'abord aux *Etats membres de l'O.M.S.*, passablement nombreux, qui ont en réalité demandé l'avis. Car il ne faut pas se cacher que c'est moins les organes d'une organisation internationale qu'une majorité d'Etats membres de celle-ci qui sollicite en réalité, au-delà des apparences juridiques, un avis consultatif. On sait depuis longtemps que pour requérir un avis il faut une majorité. Beaucoup de bonnes questions n'ont pas été posées à la Cour faute de volonté politique des membres des assemblées. Nombreux furent les projets de résolution qui furent ainsi arrêtés, quelque ait été l'intérêt des aspects juridiques qui auraient pu être clarifiés, car cette clarification n'était pas souhaitée par la majorité des Etats membres.

Dans le cas d'espèce, une majorité fut trouvée à l'Assemblée de l'O.M.S. pour poser une question. Ceux qui ne souhaitaient guère cette procédure et qui ne voulaient pas prendre le risque que la question soit éclaircie dans un sens contraire à leurs intérêts, ont alors puisé dans l'arsenal des arguments habituellement invoqués pour que la Cour ne réponde pas à la question. D'ordinaire, cette tactique est sans efficacité.¹⁰ Au demeurant une partie de ces arguments a été invoquée sans succès à propos de la demande de l'O.M.S. et cette tactique s'est avérée stérile à propos de la demande adressée par l'Assemblée générale de l'ONU.¹¹

Le combat entre Etats, qui avait eu lieu au moment de l'adoption de la résolution O.M.S. – comme d'ailleurs pour l'adoption de celle de l'Assemblée générale de l'ONU – s'est donc poursuivi devant la Cour: 35 Etats ont déposé des exposés écrits dans la procédure avis OMS et 28 dans la procédure Assemblée générale de l'ONU; la Cour a entendu 20 exposés oraux émanant d'Etats pour les deux demandes regroupées à cet effet. De tels chiffres sont inhabituels et montrent un intérêt exceptionnel des Etats pour les questions, de nature procédurale ou de fond, soulevées par les demandes. En se prononçant comme elle l'a fait pour l'O.M.S. et, ce faisant, en prenant position sur les limites des pouvoirs de l'Assemblée mondiale de la Santé, elle a signifié aux Etats membres de celle-ci qu'ils ne pouvaient pas faire poser des questions qui, par leur objet, relèvent en

10 Voir la majorité des demandes d'avis adressées dans le passé à la Cour.

11 Avis A.G. ONU : existence d'une 'question juridique' (par. 13), aspects politiques de la question (par. 13), mobiles politiques de la requête (par. 13), pouvoir discrétionnaire de la Cour de donner un avis (par. 14), question floue et abstraite (par. 15), etc.

fait des compétences des principaux organes politiques de l'ONU. En acceptant, au contraire, de donner suite à la demande d'avis de l'Assemblée générale de l'ONU, en rejetant une fois de plus certains arguments éculés, opposés avec une régularité d'horloge par les Etats obstructionnistes à la compétence consultative de la Cour, et repoussés avec la même régularité par cette haute juridiction, on aimerait croire que cette dernière parviendra à faire comprendre aux Etats qu'une jurisprudence bien établie de la Cour fait partie en fait du droit international qu'elle applique.

D'autre part, puisque dans l'avis O.M.S. l'argumentation est fondée sur un raisonnement qui prend appui sur le principe de spécialité des institutions spécialisées dans le système des Nations Unies, ce que la Cour a dit pour l'O.M.S. vaut, par identité de motifs, *pour toutes les institutions spécialisées et l'AIEA*, et la leçon s'adresse, par voie de conséquence, à *tous les Etats membres de ces institutions spécialisées*. Une fois de plus ceci montre que les prononcés abstraits contenus dans la motivation des arrêts de la Cour sur l'existence ou le sens de règles ou de principes de droit international général, qu'ils soient ou non adoptés dans des *obiter dicta*, affectent directement l'évolution du droit international général et touchent ainsi aux droits de tous les sujets de droit qui peuvent être concernés par l'interprétation donnée par la Cour à des notions juridiques particulières. Ceci démontre aussi que la règle selon laquelle seul le dispositif des arrêts est revêtu de l'autorité de la chose jugée, seulement pour les seules parties au litige et dans le cas qui a été décidé, a un caractère tout à fait artificiel.¹² Ce qui est vrai des arrêts l'est, tout autant, des avis consultatifs où la Cour donne des consultations juridiques sur des problèmes souvent liés à un conflit juridique interétatique né et actuel. Que l'on pense aux avis rendus dans les affaires de la *Namibie*, du *Sahara occidental*, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, etc. L'avis intéresse donc non seulement les organes qui sollicitent les avis, mais les Etats qui sont concernés par le conflit interétatique sous-jacent. Par ailleurs la distinction entre motifs et dispositif s'atténue encore dans un avis où il n'est plus question de 'dispositif', mais de 'réponses' aux questions. La motivation donnée est inséparable des

12 J. Salmon, L'auditoire de la C.I.J., par. 13 et 14. V. aussi J. Salmon, L'autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice, Travaux du Centre national de recherches de logique, *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Ed. Nemesis, 1988, pp. 21-47.

réponses. Et pour que nul ne l'ignore, dans l'avis Assemblée générale de l'ONU, la Cour

tient à souligner que sa réponse à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale repose sur l'ensemble des motifs qu'elle a exposés ci-dessus (paragraphe 20 à 103), lesquels doivent être lus à la lumière les uns des autres. Certains de ces motifs ne sont pas de nature à faire l'objet de conclusions formelles dans le paragraphe final de l'avis; ils n'en gardent pas moins, aux yeux de la Cour, toute leur importance.¹³

Sans doute la Cour insiste-t-elle sur le fait que

L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander; la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même 'organe des Nations Unies' à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée.¹⁴

Dans son contexte cette explication a simplement pour but de montrer que – sauf cas exceptionnel¹⁵ – les Etats ne peuvent s'opposer à une demande d'avis du seul fait que ces Etats seraient concernés indirectement. Elle n'entame en rien les observations faites ci-dessus, sur la portée effective des avis au-delà du champ des organisations destinataires. Elle ne veut pas dire non plus que, dans son argumentation, la Cour ne vise pas spécialement à convaincre les Etats.

Le souci de convaincre les Etats apparaît dans le soin que la Cour met à *répondre à la plupart des arguments soulevés par les Etats* dans leurs exposés écrits ou dans leur plaidoiries orales. La Cour met un point d'honneur à les rencontrer pourvu qu'à ses yeux ces arguments, soient pertinents et nécessaires à l'argumentation qu'elle adopte. Cette dernière réserve lui permet d'esquiver certaines questions, soit en soulignant qu'aucun Etat n'a soulevé le problème¹⁶ soit en prétendant que certains arguments ne sont pas nécessaires pour répondre à la question posée. Cette technique d'esquive n'est pas toujours convaincante et encore moins glorieuse.¹⁷ Tangentes mises à

13 Avis A.G. ONU, par. 104.

14 Avis A.G. ONU, par. 14 et jurisprudence citée.

15 La Cour rappelle l'affaire *Statut de la Carélie orientale*, CPIJ, série B, no 5, Avis A.G. ONU, par. 14.

16 Voy. par exemple pour la question de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire par un Etat à l'intérieur de ses propres frontières, Avis A.G. ONU, par. 50.

17 Par exemple à propos du point de savoir si les principes intransgressibles du droit humanitaire font ou non partie du *jus cogens*, Avis A.G. ONU, par. 83, ou la question des représailles armées (*belligerent reprisals*), Avis A.G. ONU, par. 41–42. V. à ce propos les remarques pleines de bon sens dans l'opinion dissidente du juge Koroma, p. 14 de l'édition provisoire de l'avis.

part, le souci de répondre aux Etats est très apparent dans l'avis Assemblée générale de l'ONU qui aborde de très nombreuses questions de fond. La Cour entend prouver aux Etats que les règles qu'elle présente comme existantes lient bien ces Etats et qu'il n'y a pas d'autres règles pertinentes que celles qu'elle énonce. En l'occurrence un groupe d'Etats particulièrement sensible était celui des Puissances nucléaires. A plusieurs reprises la Cour se réfère spécifiquement à leur opinion. En voici quelques exemples :

La Cour prend note du fait que les Etats dotés d'armes nucléaires qui se sont présentés devant elle soit ont reconnu, soit n'ont pas nié que leur liberté d'agir était effectivement restreinte par les principes et règles du droit international et plus particulièrement du droit humanitaire.¹⁸

En revanche elle invite les autres Etats à tenir compte

- de la position des puissances nucléaires dans le contexte des traités visant à proclamer certaines zones exemptes d'armes nucléaires;¹⁹
- des garanties de sécurité données par les puissances qui sont dotées d'armes nucléaires aux Etats qui n'en ont pas;²⁰
- de l'inexistence d'une *opinio juris* commune sur certains aspects de la matière;²¹
- de la pratique de la dissuasion;²²
- de la non-réaction, dans certains cas, par les autres Etats au comportement des Puissances nucléaires;²³
- du fait que les résolutions de l'Assemblée générale sont adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions et avec l'opposition de certains Etats dotés d'armes nucléaires.²⁴

La Cour s'adresse encore à *toutes les parties au traité de non prolifération* (182 Etats 'c'est-à-dire la très grande majorité de la Communauté internationale'), précisant le contenu de leur obligation de négocier et de conclure leurs négociations sur le désarmement dans tous ses aspects.²⁵

18 Avis A.G. ONU, par. 22; voy. aussi par. 86.

19 Avis A.G. ONU, par. 59.

20 Avis A.G. ONU, par. 61.

21 Avis A.G. ONU, par. 67.

22 Avis A.G. ONU, par. 66.

23 Avis A.G. ONU, par. 62. La Cour paraissant y déceler – de manière au demeurant discutable – une manière d'acquiescement.

24 Avis A.G. ONU, par. 68 et 71.

25 Avis A.G. ONU, par. 99, 100, 103.

Certains juges n'hésitent pas à penser que l'avis s'adresse à la *Communauté internationale*. Ainsi le Président Bedjaoui espère que

la communauté internationale saura rendre justice à la Cour d'avoir rempli sa mission.²⁶

A vrai dire, l'avis, par son discours, son langage, sa technicité juridique, ne peut espérer convaincre que ceux qui sont rompus à la science du droit international. Il y a longtemps que les juges savent que leurs lecteurs les plus attentifs sont ceux qui font partie de ce qu'il est convenu d'appeler *la doctrine*. Ils sont conscients qu'ils s'adressent, comme l'évoque le juge Ranjeva, aux 'professionnels du droit judiciaire', aux 'professionnels du monde juridique et judiciaire'.²⁷

En l'occurrence ils s'attendent sans doute au pire. Les passions étaient déchaînées dans la doctrine; les positions affirmées et contradictoires dans les deux camps; la Cour, pour aboutir à un avis, c'est à dire, s'il faut parler franc, afin d'obtenir une majorité en son sein, a utilisé l'art de l'esquive,²⁸ mis entre parenthèses des contradictions qu'elles préférerait ne pas affronter, chargé ses réponses d'ambiguïtés et d'équivoques que de savants exégètes ne manqueront pas de dénoncer.

– Ainsi au point D. des conclusions : 'La menace ou l'emploi de la force *devrait* aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés . . .'

– Au point E. premier paragraphe: 'Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires *serait généralement* contraire aux règles du droit international . . .'

– Enfin le *non liquet* du second paragraphe du point E. promet des réactions en sens divers.

Même si certains juges ont dénoncé le rôle d'associations visant à influencer la Cour (des ONG telles l'IALANA),³⁰ ce n'est pas à elles que l'avis s'adresse. La Cour doit dire le droit; elle n'estime pas qu'il entre dans son rôle d'haranguer des militants. Toutefois, dans le présent avis, la Cour n'a

26 Avis A.G. ONU, Déclaration de M. Bedjaoui, Président, par. 8.

27 Avis A.G. ONU, Opinion individuelle de M. Ranjeva.

28 Voy. ci-dessus, par. 7.

29 Le juge Rosalyn Higgins, par ses remarques percutantes donne un avant goût de ce que l'on peut attendre sur ce point.

30 Avis A.G. ONU, Opinion individuelle de M. Guillaume, par. 2.

pas été insensible à une partie de l'opinion publique qu'elle sait alertée par ces questions: humanistes, écologistes, milieux scientifiques, populations qui furent affectées par le danger atomique; souvent les dernières phrases des opinions individuelles ou dissidentes des juges laissent percer, comme une excuse ou un regret, le débat moral ou religieux qui les a préoccupés et qu'ils estiment devoir séparer du discours juridique. C'est sans doute en pensant à eux tous et à la communauté humaine menacée du fléau des armes nucléaires, qu'elle a toutefois laissé entrevoir des possibilités d'un avenir meilleur,

- en émaillant son avis de constats démontrant l'évolution positive vers une réglementation grandissante du champ du nucléaire,
- en parlant d'*opinio juris* naissante,³¹
- en soulignant que l'action de l'Assemblée générale était

révélatrice du désir d'une très grande partie de la Communauté internationale de franchir, par une interdiction spécifique et expresse de l'emploi de l'arme nucléaire, une étape significative sur le chemin menant au désarmement nucléaire complet³² et

- en lançant un véritable appel aux Etats, leur rappelant ce qui suit dans ses conclusions:

Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace.

Il est symptomatique que ce paragraphe qui, aux yeux de la majorité des juges, était *ultra petita* puisqu'aucune question n'avait été posée sur ce sujet précis par l'Assemblée générale, a néanmoins été adopté, et ceci à l'unanimité, ce qui souligne le désir de la Cour d'élargir son appel. Mais cette parole lancée, la Cour ne peut ignorer que désormais elle ne lui appartient plus; qu'elle sera saisie par un cercle plus large qui en répercutera et amplifiera le message.

Il est ainsi montré que la motivation judiciaire reste un art extrêmement complexe qui oblige le juge à ouvrir grands les yeux de tous côtés et à tenter de résoudre la difficulté qui consiste à essayer de convaincre des auditoires que l'on ne persuade pas avec les mêmes arguments ou les mêmes valeurs.

31 Avis A.G. ONU, par. 73.

32 Avis A.G. ONU, par. 73.